

El principio general del abuso del derecho y su incidencia en el ordenamiento procesal

POR ROBERTO O. BERIZONCE (*)

Sumario: I. “Juridización” de la Constitución y “principalismo”. — II. Principios del Título Preliminar del Código Civil y Comercial de la Nación. — III. Los principios procesales incorporados a la legislación sustantiva. — IV. Irradiación de los principios generales y procesales del C.C.C.N. e incidencia en los ordenamientos procesales. — V. Responsabilidad por daños derivados del abuso del proceso. — VI. El abuso del proceso como inconsistencia de las pretensiones u oposiciones, la “declaración palmaria de flagrancia” y la justicia “temprana”. — VII. Conclusiones. — VIII. Bibliografía.

Sobreviene en un singular momento de nuestra cultura jurídica la consolidación de una transición que busca el reencuentro del derecho y el orden de valores que él auspicia en línea prioritaria en un renovado orden axiológico, en el marco de un paisaje institucional que procura abrir nuevas perspectivas más afines al respeto y jerarquía de las modernas maneras de prestar tutela efectiva a los derechos fundamentales.

Augusto M. Morello (2004)

Resumen

El Código Civil y Comercial de la Nación —C.C.C.N.— incorpora en su Título Preliminar principios generales, verdaderos paradigmas, que vienen a integrar aquellos que provienen de la Constitución y las convenciones humanitarias. Entre ellos se desatacan las cláusulas abiertas de la buena fe, el abuso del derecho y el fraude a la ley (artículos 9, 10, 12, C.C.C.N.). Se trata, entonces, de analizar la incidencia que tienen tales principios generales en el régimen de las instituciones procesales, incluyendo otros diversos que se diseminan en el cuerpo sustantivo —procesos de familia, de restricción a la capacidad de las personas, etc.—. Al focalizarse el principio general que proscribe el abuso del derecho, se enfatiza el profundo impacto expansivo que produce en el esquema procesal vigente que se asienta tan solo en la prevención y sanción de las conductas temerarias y maliciosas. Se abre camino ahora, se sostiene, a una novedosa responsabilidad por daños y su operatividad en el mismo proceso, por aplicación analógica del artículo 208, CPCN (Código Procesal Civil y Comercial de la Nación); al igual que la recepción de instituciones innovadoras alentadas por la doctrina, en consonancia con el aseguramiento del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

I. “Juridización” de la Constitución y “principalismo”

La constitucionalización de los nuevos derechos y de las garantías, junto con la recepción de las convenciones humanitarias, ha significado el ingreso en lo que se considera la fase madura de uno de los fenómenos universales más trascendentes en la evolución del derecho y la justicia. La reforma constitucional de 1994 trajo consigo un renovado “bloque de constitucionalidad” asentado en una concepción superadora del tradicional Estado democrático de derecho que, sin renegar de los valores democrático-liberales, viene a incorporar un catálogo ampliado de nuevas categorías de derechos y garantías —aquellos de la segunda y tercera generación—, asentados en *valores, principios y paradigmas* que ensalzan la dignidad humana o, si se prefiere, el principio “*pro hominis*”, como eje central para

(*) Prof. Extraordinario Emérito de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP. Presidente Honorario de la Asociación Argentina de Derecho Procesal y del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal.

el ejercicio de la libertad. Esquema en el cual el modelo del Estado social se erige en palanca para asegurar la efectividad en concreto de tales nuevos derechos, principalmente los sociales, económicos y culturales, incluyendo los derechos colectivos. A la misma exigencia de operatividad corresponde, igualmente, la paralela “constitucionalización” de las garantías judiciales y el reconocimiento del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y eficiente.

En orden a su contenido, la Constitución al juridizarse ha venido a incorporar con jerarquía suprema preceptos que, tras su “ascenso”, ahora integran “nuevos” bloques, producto de una fragmentación que atiende a las diversas materias sustantivas o formales. Se alude así a un *derecho privado constitucional* o *derecho privado constitucionalizado* o, aún, a la *constitucionalización del derecho civil o privado* (1), lo que contribuye a componer el sistema jurídico “por dos caminos” (2). Con similares razones predica la existencia de un *derecho constitucional de familia* (3), o la *constitucionalización del derecho comercial*, particularmente en ciertos capítulos como aquel que comprende y ensambla con los preceptos supremos, las normas mercantiles y las propias de la defensa de los consumidores y de la competencia (4). Y, desde luego, se ha ido articulando un robusto *derecho procesal constitucional* o *constitucional procesal* sobre cuyos alcances se debate. Novedosas visiones que vienen impactando igualmente en la doctrina judicial (5).

Hay, todavía, un aspecto central relativo a la contextura misma morfológica de las normas supremas, de lo que deriva lo que se ha dado denominar la apertura “principiológica”.

Más allá de las arduas dificultades semánticas que derivan de la ambigüedad e imprecisión de la expresión “principios”, sus diversos sentidos (6), su relación con los valores e incluso su asimilación (7), o con las denominadas “directrices políticas” (8), lo que resulta claro, nos parece, es que los principios son “normas fundantes”, criterios o reglas genéricamente formuladas, que están en la base de los ordenamientos jurídicos positivos; verdaderas reglas “inspiradoras” de una estructura, que le imprimen cierta dosis de cohesión y tendencia a la armonía, entre otras de sus funciones (9). Mientras los principios son constitutivos del orden jurídico, en cambio las reglas, aun cuando puedan estar insertas en los textos fundamentales, son puramente instrumentales, se agotan en sí mismas y no tienen ninguna fuerza más allá de lo que ellas significan; a los principios se les presta adhesión, a las reglas se las obedece (10).

Al margen de tan arduas disquisiciones, en una síntesis apretada y por ello no exenta de arbitrariedad, parece claro que el reconocimiento de los principios jurídicos ha tenido profunda incidencia

(1) Lorenzetti R. L., Fundamento constitucional de la reparación de daños, La Ley, 2003-C, pp. 1185 y ss. Rivera J. C., El Derecho Privado Constitucional en Rev. Der. Priv. y Comun., Rubinzal-Culzoni ed., Santa Fe, n° 7, pp. 52 y ss.; id., Estudios de Derecho Privado (1984-2005), Rubinzal-Culzoni ed., Santa Fe, 2006, pp. 275 y ss.; id., Globalización y derecho. Las fuentes del derecho de los contratos comerciales, La Ley, 2005-F, 1105 y ss.

(2) Alterini A. A., Respuestas antes las nuevas tecnologías: sistema, principios y jueces, La Ley 2007-F, pp. 1338 y ss.

(3) Gil Domínguez A., Fama M. B. y Herrera M., Derecho Constitucional de Familia, Ediar, Buenos Aires, 2006, v. I y II. Lloveras N. y Salomón M., El derecho de familia desde la Constitución Nacional, ed. Universidad, Buenos Aires, 2009.

(4) Alegria H., Régimen legal de protección del consumidor y derecho comercial, La Ley, 2010-C, pp. 835-842. Asimismo, Rivera J. C., obs. cit.

(5) SCBA, causa C. 104.935, “Lisi R. L. c. Sancor, s/ ds. y perj.”, 3-11-2010, voto Dr. de Lázzari. C. Civ. y Com. Azul, Sala II, 14-10-2010, La Ley Buenos Aires, 2011, p. 506, con nota de V. A. Testa, La protección constitucional de la vivienda familiar: ¿un derecho operativo o programático? Del mismo tribunal: sentencia del 19-5-2011, “Banco de la Provincia de Buenos Aires c. Rodríguez V. E. G.”, voto Dr. Galdós, en la misma revista, pp. 532 y ss.

(6) Dworkin R., Los derechos en serio, Ariel, Barcelona, 1999, trad. M., Guastavino, pp. 72, 190; Carrió G. R., Principios jurídicos y positivismo jurídico, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994, p. 10.

(7) Alexy R., “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica” en Doxa, Alicante, n° 5, 1998, p. 145.

(8) Dworkin R., ob. cit., p. 190.

(9) El principio es concebido como una regla general y abstracta, o bien como una regla general preexistente (Lorenzetti R. L., Las normas fundamentales del derecho privado, Rubinzal Culzoni ed., Santa Fe, 1995, pp. 268).

(10) Zagrebelsky G., El derecho dúctil, Trotta, Madrid, 2005, trad. M. Gascón, p. 110.

sobre la concepción clásica de las fuentes del derecho y, correlativamente, sobre la misión de los jueces. Los principios son esencialmente pautas o criterios de interpretación, orientaciones generales, guías o fórmulas que permiten elaborar una lectura armónica al conjunto de reglas contenidas en un determinado ordenamiento, y que se sustentan en exigencias básicas de justicia y moral apoyadas en la que puede ser considerada la “conciencia jurídica popular”. La apertura “principiológica” provoca, de algún modo, la ruptura con el modelo subsuntivo derivado de un derecho basado en simples reglas (11); y, en ese contexto, el juez pasa a ser observado como quien identifica los consensos básicos de la sociedad, el *ethos* jurídico dominante, para erigirlos en sustento de sus decisiones. De ahí que el nuevo paradigma del Estado Democrático de Derecho presupone la superación del derecho como sistema de reglas, incorporando democráticamente a los principios en el discurso constitucional; y, con ello, la posibilidad, por conducto de los principios, de conectar la política con el derecho (12). A salvo, claro está, de todas las reservas y condicionamientos que provienen de las teorías del discurso, la argumentación para el apoyo de las decisiones y los límites de la razonabilidad que igualmente integran las garantías fundamentales. Lo cual conduce también a la cuestión no menos difícil del conflicto, interferencia o choque entre principios y valores, el “peso relativo” de cada uno (13), que lleva a la aplicación de la “ley de ponderación” (14).

La Constitución y los tratados y convenciones humanitarias constituyen entonces las fuentes primigenias de los principios y valores, que las normas infraconstitucionales desarrollan e integran a través de reglas más o menos precisas. Sin embargo, entre unos y otros órdenes normativos queda un ancho campo para la construcción de verdaderos *principios genéricos que son propios de la teoría general del derecho* y que se van elaborando desde el ordenamiento común y la doctrina jurisprudencial de los altos tribunales.

II. Principios del Título Preliminar del Código Civil y Comercial de la Nación

Lo novedoso ahora es que el flamante C.C.C.N. incluye en su Título Preliminar ciertas reglas para el ejercicio de los derechos subjetivos que participan de los caracteres propios de los principios, en el sentido antes referido (15). Se trata de típicos conceptos indeterminados que surgen de los principios y valores superiores. Son normas de integración y de control axiológico útiles como marco de comprensión de cuestiones de interpretación y de integración de lagunas, dentro de un sistema de derechos basado en principios y reglas (16). Con la particularidad que precisamente por su ubicación en un código que, según la tradición histórica, es el centro del ordenamiento jurídico referido al derecho privado, tiene una irradiación y fuerza expansiva singular.

En el Capítulo 3 referido al *ejercicio de los derechos* y que tiene por destinatario general a todos los ciudadanos, se incluyen los *principios o cláusulas generales de la buena fe* (artículo 9), el *abuso del derecho* (artículo 10), el *fraude a la ley* (artículo 12) y otras. Son pautas generales fundamentales aplicadas a cualquier ejercicio de un derecho o situación jurídica y que se complementan con reglas

(11) Marinoni L. G., *Teoría geral do processo*, Rev. Edit. do Tribunais, São Paulo, 2006, pp. 47-53.

(12) Streck L., *Verdad y consenso. Constitución, hermenéutica y teorías discursivas*, ARA ed., Lima, 2009, trad. A. Álvarez Aranda, p. 48; GUZMÁN N. L., *Legalismo y constitucionalismo: como límites conceptuales en la interpretación de los principios procesales en un Estado Democrático de Derecho en Principios Procesales*, R. O. Berizonce coord., LEP, La Plata, 2011, pp. 6-7. VIGO R. L., *Fuentes del derecho en el Estado de derecho y el neoconstitucionalismo*, La Ley, 2012-A, pp. 1012 y ss.

(13) Dworkin R., ob. cit., p. 77.

(14) Alexy R., *Teoría de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, trad. M. Atienza y I. Espejo, p. 349. Lorenzetti R. L., *Teoría de la decisión judicial*, Rubinzal-Culzoni ed., Santa Fe, pp. 21 y ss.

(15) Falcón E. M., *El Derecho Procesal en el Código Civil y Comercial de la Nación*, Rubinzal-Culzoni ed., Buenos Aires, 2014, pp. 150-153.

(16) Como se destaca en los fundamentos del Anteproyecto, Título Preliminar, la jurisprudencia de la CSN reiteradamente ha hecho uso de los principios que informan el ordenamiento y ha descalificado decisiones manifiestamente contrarias a valores jurídicos. Conf: Lorenzetti R. O., *Aspectos valorativos y principios preliminares del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, La Ley, 2012-C, pp. 581 y ss.

específicas. El C.C.C.N. reproduce en este tramo, con algunas variantes, los institutos incorporados por la ley 17.711, en el entendimiento que las cláusulas generales se integran y consolidan su alcance lentamente a través de la tarea jurisprudencial.

En relación al abuso del derecho, importa señalar el apartado final incorporado en el artículo 10 aludido: “el juez debe ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación abusiva y, si correspondiere, procurar la reposición al estado de hecho anterior y fijar una indemnización”. Resulta novedosa la previsión de las “situaciones jurídicas abusivas”, concepto ya desarrollado por la doctrina civilista, y que se configura como resultado de una pluralidad de derechos que, considerados aisladamente, podrían no ser calificados como tales (17). Como estatuye el artículo 1120 C.C.C.N., “cuando el mismo resultado se alcanza a través de la predisposición de una pluralidad de actos jurídicos conexos”.

III. Los principios procesales incorporados a la legislación sustantiva

El C.C.C.N. contiene una notable cantidad de normas de naturaleza procesal, al amparo de la jurisprudencia reiterada de la CSN (Corte Suprema de Justicia de la Nación) que ha convalidado la validez constitucional de aquellos preceptos sancionados por el Congreso de la Nación en tanto resultan necesarios para asegurar la efectividad de las instituciones y derechos de fondo (18), con soporte, además, en añeja aunque perdurable doctrina (19). No parece del caso, para nosotros, reabrir un debate definitivamente zanjado, aún a la vista del arrasador impulso de los codificadores de 2014 (20); sin perjuicio de dejar a salvo el ejercicio del escrutinio constitucional en relación a algunas singulares normas que pudieran haber excedido el cartabón asentado por la Corte. El C.C.C.N., de todos modos, deja anchos márgenes para la regulación procedimental reservada a las provincias.

1. Procesos de familia

Lo que aquí nos interesa es focalizar ciertos preceptos que instituyen principios procesales para los procesos en materia de familia. Así el artículo 706, bajo el acápite *Principios generales de los procesos de familia* enuncia los de *tutela judicial efectiva, intermediación, buena fe y lealtad procesal, oficiosidad, oralidad y acceso ilimitado al expediente*. Agrega que “las normas que rigen el procedimiento deben ser aplicadas de modo de facilitar el acceso a la justicia, especialmente tratándose de personas vulnerables, y la resolución pacífica de los conflictos”. A su vez, el artículo 709, bajo el acápite *Principio de oficiosidad* prevé que en tales procesos el impulso procesal está a cargo del juez, quien además puede ordenar pruebas oficiosamente. También se establecen *principios relativos a la prueba*, como los de libertad, amplitud y flexibilidad (artículo 710). Añade que la carga de la prueba recae, finalmente, en quien esté en mejores condiciones de probar (artículo cit., *in fine*) (21). El capítulo de Disposiciones generales se complementa con reglas respecto de la participación en el proceso de niños, niñas, adolescentes y personas con capacidad restringida (artículo 707), acceso limitado al expediente (artículo 708) y admisibilidad de testigos (artículo 711).

Por último, en los capítulos 3 y 4 del mismo Título VIII se estatuye sobre *reglas de competencia* (artículos 716 a 720) y *medidas provisionales* (artículos 721 a 723), sea aquellas *relativas a las personas* en el divorcio y en la nulidad de matrimonio —verdaderas tutelas anticipadas y urgentes, en enunciación no taxativa (artículo 721)— y otras *relativas a los bienes* —cautelares típicas— (artículo 722).

(17) Anteproyecto, Título Preliminar, cit., Lorenzetti R. L., Aspectos valorativos..., cit.

(18) CSN, Fallos, 138:157; 190:124; 200:203; 244:527, entre otros.

(19) Mercader A. A., Poderes de la Nación y de las Provincias para instituir normas de procedimiento, Ejea, Buenos Aires, 1939, pp. 73 y ss., 115 y ss. Conf. Díaz C. A., Instituciones de Derecho Procesal, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1968, Parte General, v. I, pp. 177 y ss.

(20) Como señala Falcón, desde el punto de vista sistémico la cuestión tiene importancia menor (El Derecho Procesal..., ob. cit., p. 150).

(21) Las cargas probatorias dinámicas están reguladas igualmente en el capítulo de la responsabilidad civil y la función resarcitoria, artículo 1735, donde se explicitan las facultades judiciales. La interpretación habrá de armonizarlas.

Como se ha señalado (22), la compatibilidad del sistema del C.C.C.N. con el CPCN requerirá una adaptación adecuada, sin perjuicio de la aplicación judicial.

2. Procesos de restricción a la capacidad

Lo propio acaece con la preceptiva procesal que se aloja en los artículos 31 y ss., a propósito del régimen de las restricciones a la capacidad de las personas. Allí sobresalen algunos principios específicos, como el que consagra los alcances amplios del derecho a participar en el proceso judicial que se reconoce a la persona encausada (artículo 31, apart. e), favorecida también por el deber del juez de garantizar la inmediatez personal con el interesado y más ampliamente, con los dilatados poderes-deberes que le corresponde ejercer en orden a la dirección e instrucción de la causa, incluyendo la flexibilización —“los ajustes razonables” del procedimiento de acuerdo a la situación de aquel— (artículo 35). Igual trascendencia cabe atribuir a la regla complementaria de las garantías que impone la “evaluación de un equipo interdisciplinario”, en sustitución de la tradicional pericia psiquiátrica (artículos 31 apart. c, 37, 41 apart. a). Principios, por otra parte, igualmente propios del Código de Vélez y de la LSM —Ley de Salud Mental— N° 26.657, que continua siendo el eje de todo el sistema (23).

3. Reafirmación del modelo de la “justicia de acompañamiento”

En la evaluación crítica de los principios procesales del C.C.C.N., en este tramo, puede aseverarse que resultan altamente positivos, en tanto vienen a acentuar el modelo de la justicia de protección o “de acompañamiento”, reflejado de modo principal en la tendencia a la publicización del proceso, con la correlativa ampliación de los poderes del juez, el principio de inmediación, la flexibilización y adecuación de las formas y la acentuación de las garantías del proceso justo, con la finalidad de asegurar la tutela efectiva de los derechos fundamentales involucrados. Son reglas particulares que dibujan la justicia “de acompañamiento” (24), en consonancia con el “paradigma protectorio” aludido en la presentación del anteproyecto (25).

IV. Irradiación de los principios generales y procesales del C.C.C.N. e incidencia en los ordenamientos procesales

1. De nuevo (y concreción) sobre “principalismo”, “policromía normativa”, “microsistemas” y “diálogo entre las fuentes”

Como hemos visto, el fenómeno de la “juridización” de la Constitución y la incorporación a las convenciones humanitarias trajo consigo el ascenso, bajo forma de principios y valores de textura abierta y conceptualización indeterminada, de derechos y situaciones antes relegadas a los preceptos infraconstitucionales. En correlato a tal “principalismo”, quedaron disponibles anchos márgenes para la interpretación judicial intersticial y aún creativa, acicateada por la imposición constitucional del deber de asegurar y tornar efectivos los derechos fundamentales en concreto. En particular, los “nuevos derechos” se incorporan al “*bill of rights*”, incluyendo aquellos más “sensibles” pertenecientes a personas o categorías en situaciones de especial vulnerabilidad (artículo 75, inc. 23 Constitución Nacional —CN—), en el marco de una jurisdicción protectora para la gestión y aseguramiento de los intereses públicos comprometidos (26).

En ese contexto de confluencia y acumulación de diferentes fuentes normativas constitucionales e infraconstitucionales y aún jurisprudenciales, se generan verdaderos sistemas o “microsistemas” de

(22) Falcón E. M., *El Derecho Procesal...*, ob. cit., p. 532-536.

(23) Anteproyecto, Fundamentos, IV) Libro Primero. Parte general, Título I, capítulo 2. Capacidad.

(24) Falcón E. M., *El Derecho Procesal...*, ob. cit., p. 185.

(25) “El proyecto busca la igualdad real y desarrolla una serie de normas orientadas a plasmar una verdadera ética de los vulnerables” (R. L. Lorenzetti).

(26) Nos permitimos remitir a La jurisdicción protectora o “de acompañamiento”, RDP (Revista de Derecho Procesal), 2014-2, pp. 167 y ss.

protección, que involucran una multiplicidad de relaciones y situaciones regidas concurrentemente por una verdadera “policromía” normativa. El derecho común y las leyes específicas (por caso, la LDC 24.240 —Ley de Defensa del Consumidor— con sus modificaciones y las reglas locales de aplicación), el derecho administrativo, el derecho penal y el derecho procesal; esferas, todas ellas, engarzadas en relación de subordinación a los principios que dimanan de la Constitución y las convenciones. Queda todavía la tarea de conjugar armoniosamente tales ingredientes para configurar la unidad del ordenamiento jurídico. A esos fines la doctrina alemana pergeñó el concepto de “diálogo entre las fuentes” (27), a fin de expresar metafóricamente una actitud que se requiere del intérprete para armonizar los distintos planos preceptivos con la finalidad última de tornar operativos los derechos y garantías. Así, podemos representarnos el “dialogar” de los *principios fundamentales* que emergen de la Constitución y de las convenciones que ella arroja (artículo 75 inc. 23), junto con las diversas reglas normativas infraconstitucionales. Análisis confrontativo que asume el juez y en que realza la utilidad de la distinción básica entre *principios*, como guías o pautas directrices de razonamiento o mandatos de optimización, que desempeñan un rol superior y fundante en relación a las *reglas*, que les están lógicamente subordinadas. Diferencia cualitativa entre aquellos y éstas, que implica concentrar la atención, sobre todo, en los *conflictos de principios* y el método del *juicio de ponderación* con el que se los dirime (28). En ese sentido, el C.C.C.N. establece una “comunidad de principios” entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado (29).

2. Impacto de los principios generales del Título Preliminar

Por su incidencia en los ordenamientos procesales importa analizar de modo especial los principios generales de buena fe y abuso del derecho (artículos 9 y 10, C.C.C.N.) (30). En ese análisis, ha de venirse que el agregado del tercer apartado del último precepto resulta clave para perfeccionar en el plano legislativo y aún en vía interpretativa el sistema de prevención de la lealtad, probidad y buena fe que se exige de los litigantes (artículo 34 inc. 5, d, CPCN) y de sanción de la temeridad y malicia (artículo 45 y conc., Cód. cit.). Y, por otro lado, el principio general sustantivo tan ampliamente receptado puede brindar soporte decisivo a diversas aunque concurrentes posturas interpretativas, que se vienen pergeñando desde la doctrina, orientadas hacia la simplificación del proceso y la aceleración de su desemboque para el logro de una justicia “temprana”, a tono con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y eficiente, que encarece la Constitución y las convenciones. Hemos de ver por separado ambos tópicos.

V. Responsabilidad por daños derivados del abuso del proceso

Debe conjugarse el derecho fundamental a la tutela judicial pronta y eficiente —principio de raíz constitucional y convencional— con el principio general del artículo 10, apart. tercero C.C.C.N., que impone al juez el *poder-deber* de evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva, incluyendo la que se plantea en el proceso. Semejante armonización se integra, además, con el correlativo poder-deber derivado de los preceptos procesales del artículo 34 inc. 4, apart. c, d y e, CPCN.

(27) Mosset Iturraspe J., Del “micro” al “macro” sistema y viceversa. El diálogo de las fuentes en Rev. Der. Priv. y Comunitario, Rubinzal-Culzoni ed., Buenos Aires 2009-1, pp. 15 y ss.

(28) Alexy R., Teoría de los derechos fundamentales, ob. cit., pp. 82-90; 98-101; 160-161 y ss. Como expresara la CSN, “el juicio de ponderación constituye una guía fundamental para solucionar conflictos de fuentes, de normas o de interpretación de la ley” (22-4-2008, Fallos, 331:819, La Ley, 2008-C, p. 562).

(29) Lorenzetti R. L., Aspectos valorativos..., ob. cit., p. 581.

(30) Los ordenamientos procesales vigentes contienen numerosas disposiciones sustentadas en el principio general del abuso del derecho. Así, se consagra el criterio del mínimo sacrificio de los derechos del ejecutado (arts. 536, 206, CPCN), del cual se derivan los límites infranqueables que acotan la ejecución forzada. En esa línea, los artículos 574, 575 y 535, consagran la subasta progresiva, el sobreseimiento del juicio por el ejecutado aún con posterioridad a la subasta, favor debitoris. Y los mismos fundamentos sustentan las restricciones legales en la traba del embargo ejecutivo o ejecutorio (arts. 219, 220, 535, 203, 206, 208 y conc.). Conf.: Berizonce R. O., Humanización del proceso y la justicia..., EN: El proceso civil en transformación, LEP, La Plata, 2008, pp. 23, 27, 28.

En ese marco, el derecho de defensa supone su ejercicio de modo regular, funcional, colaborativo, a través de la actuación proba y de buena fe. A la inversa, la inconducta procesal y el abuso disfuncional de los instrumentos del proceso —incluyendo la articulación de proposiciones insustanciales o palmariamente inconsistentes—, no solo encuadran en las figuras y sanciones de la temeridad y malicia, sino que menoscaban el correcto desempeño y los propios objetivos de la función jurisdiccional, derivando en una cabal privación de justicia (31).

Ahora bien, la virtualidad operativa de tales principios que provienen de la CN y del ordenamiento sustantivo, requiere de la articulación de las vías procesales adecuadas. Como es sabido, el CPCN y los demás ordenamientos que siguieran sus aguas solo previeron la prevención y sanción de la temeridad y malicia (artículo 45 y conc.), empero no regularon la cuestión más amplia y abarcadora del conjunto de la problemática de la conducta contraria a los deberes de lealtad, probidad y buena fe, que se nuclea bajo el rótulo del *abuso del proceso* (32). Precisamente, en ese terreno yermo ha avanzado el C.C.C.N. cuando en el mentado artículo 10 impone al juez el deber, no solo de evitar los efectos del ejercicio abusivo, sino además, en su caso, “procurar la reposición al estado de hecho anterior y *fixar una indemnización*”.

El mandato legal sustantivo autoriza de modo explícito, entonces, la reparación de los daños, y ello incluye sin duda los causados por el abuso del proceso (33). Se configura de ese modo un criterio de sanción específica (34) de singular utilidad cuyo formato procedimental deberán delinear los jueces en cada caso concreto. En tal sentido, cabe la aplicación analógica, en lo pertinente, del artículo 208 CPCN relativo al abuso en el pedido de medidas cautelares, que posibilita la decisión sobre el *andebatur* con remisión a la vía incidental para la determinación del *quantum*. Naturalmente, se requiere siempre solicitud de parte; y la concurrencia de una responsabilidad subjetiva derivada de dolo o culpa (35). Cualquiera fuere el procedimiento escogido, se trata de una pretensión nueva —de resarcimiento— que toma su *causa petendi* de los hechos censurables producidos en el mismo proceso.

VI. El abuso del proceso como inconsistencia de las pretensiones u oposiciones, la “declaración palmaria de flagrancia” y la justicia “temprana”

Hemos ya referido, la aparición de diversas doctrinas que en vía de interpretación del abuso del proceso en general y sus efectos, postulan la aceleración de los desarrollos litigiosos y la “justicia temprana”.

1. Declaración palmaria de “flagrancia”

En esa dirección van propuestas recientes en torno la *flagrancia* como técnica de anticipación de la tutela del derecho (36), que posibilita diseñar una suerte de proceso “mutante” que permita alterar su formateo, según fuere lo acontecido durante su trámite, cada vez que concurren ciertas circuns-

(31) Berizonce R. O., *Abuso del proceso como insustancialidad de las proposiciones...*, RDP, 2011-1, pp. 181 y ss.

(32) Morello A. M., Sosa G. L. y Berizonce R. O., *Códigos Procesales...*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2ª. ed., 1982, v. I, pp. 692-693.

(33) La responsabilidad por los daños procesales estaba ya regulada por el artículo 96 del Código Procesal Civil italiano, cuando la parte vencida ha actuado o resistido en juicio con mala fe o culpa grave, en cuyo caso el juez, a instancia de la contraria, la condena no solo a las costas sino también al resarcimiento de los daños, que liquida aún de oficio en la sentencia. Morello A. M., Sosa G. L. y Berizonce R. O., ob. cit., pp. 672-673. Sobre la interpretación del precepto: Carpi F. y Taruffo M., *Commentario breve al Codice di Procedura Civile*, Cedam, Padova, 5ª. ed., 2006, pp. 275-279.

(34) En verdad se trata de un remedio sustancial clásico que implícitamente enraizaba en el Código de Vélez. Claro que al presente la tendencia en la legislación procesal comparada conduce a la admisión de nuevos y más eficaces medidas —v. gr., multas procesales—. Conf.: Taruffo M., *El abuso del proceso: perfiles comparados en Páginas sobre justicia civil*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona - Buenos Aires, 2009, pp. 311 y ss. Asimismo, y especialmente sobre el régimen de la LEC española N° 1/2000: Picó i Junoy J., *El principio de la buena fe procesal*, J. M. Bosch ed., Barcelona, 2003, pp. 265 y ss.

(35) Couture E. J., *Estudios de Derecho Procesal Civil*, Ediar, Buenos Aires, 1950, v. 3, pp. 235, 339. Peyrano J. W., *Otro principio procesal: la proscripción del abuso del derecho en el campo del proceso civil en Abuso procesal*, J. W. Peyrano director y J. A. Rambaldo coord., Rubinzal Culzoni ed., Buenos Aires, 2001, pp. 189 y ss.

(36) Peyrano J. W., *La flagrancia civil*, La Ley, 2014-B, supl. 12-3-2014, Columna de opinión.

tancias singulares que se configuran bajo el rótulo genérico de situaciones de “flagrancia”. Así, cuando se exhibe una fortísima atendibilidad de la pretensión, con el correlato de una notoria infundabilidad de la defensa u oposición, lo que genera *evidencia* que autoriza una “declaración palmaria de flagrancia”.

No se trata, entonces, de la aceleración corriente sustentada en la urgencia que lleva a una decisión provisoria y revocable, sino en todo caso de un procedimiento fundado en la *evidencia* y que se cierra con un pronunciamiento de fondo exhaustivo con fuerza de cosa juzgada. Situación excepcional que se da, vg. cuando se verifique la existencia de jurisprudencia obligatoria o precedentes reiterados que definan la materia en debate; o en supuestos de prueba “prevalente” decisiva (test de ADN en proceso de filiación), o más genéricamente en caso de un accionar de la demandada signado por el *abuso del derecho de defensa*. La declaración de flagrancia en tanto produciría diversos efectos en relación a la parte responsable, deberá contener una seria fundamentación, siendo susceptible de apelación con efecto suspensivo (37).

2. Moralidad, economía y evidencia

Aplicando un cartabón similar, se ha sostenido la procedencia de la ejecución provisional de la sentencia sujeta a recurso, no solo cuando aparecen configurados los presupuestos que condicionan las tutelas de urgencia, sino que también procede con sustento en el factor *evidencia*. El argumento encuentra sólido apoyo en las soluciones similares contempladas en el *certiorari* del artículo 280 CPCN, cuyo denominador común es, precisamente, la evidencia. Aplicando *mutatis mutandi* tales pautas, se postula la procedencia de la ejecución provisoria cuando la petición se formula en un contexto de evidencia que permita constatar que el alzamiento no tendrá finalmente andamio, en virtud de existir doctrina legal obligatoria; o inequívoca jurisprudencia de la CSN en sentido adverso al planteo formulado por el recurrente, sin que éste aporte argumentos que, en razón de su seriedad, sean susceptibles de modificar el criterio resultante; o que el recurso exteriorice el palmario propósito de retardar maliciosamente la culminación del procedimiento. Solución que, por otra parte, encuentra soporte en los poderes-deberes del juez en orden a mantener la igualdad de las partes, lo que conduce a superar la falta de equilibrio que resulta de la desigual posición en que se instalan vencedor y vencido; y, fundamentalmente, en la operancia de los principios de moralidad y economía (artículos 34 inc. 4, apart. c, d y e, CPCN) (38).

3. Insustancialidad de las pretensiones u oposiciones y justicia “temprana”

En una mirada abarcadora y en coincidencia con lo anterior, puede afirmarse que el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, que supone la decisión tempestiva del conflicto, en tiempo razonable, requiere de la operatividad de diversas técnicas procesales de anticipación de la tutela tendientes en general a la simplificación de los trámites, con la finalidad de racionalizar la distribución del *onus* del tiempo del proceso. He ahí el fundamento último de la inhibición de las proposiciones abusivas de las partes, y aún del exceso del ejercicio de las propias potestades judiciales. La inconducta procesal y el abuso disfuncional de los instrumentos del proceso no solo encuadran en las figuras y sanciones de la temeridad y malicia, sino que menoscaban y ofenden el correcto funcionamiento y los propios fines y objetivos públicos de la función jurisdiccional.

Las técnicas de anticipación de la tutela del derecho procuran equilibrar la situación de las partes, cuantas veces el conflicto muestra de modo manifiesto que mientras una de ellas sostiene sus postulaciones de manera seria y sustentable, la otra, por el contrario, alega tan solo proposiciones o defensas que se exhiben de un modo patente como inconsistentes, infundadas. En la confrontación de ambas surge la evidencia del derecho, que pone al desnudo no solo la sinrazón de quien alega tan solo mo-

(37) Peyrano J. W., ob. y lugar cit.

(38) De Lázari E. N., La ejecución provisoria de la sentencia como tutela de urgencia y de evidencia, La Ley, 2013-F, 585.

tivos manifiestamente febres, livianos, carentes de seriedad, insustanciales, sino además un *ejercicio antifuncional y abusivo de las prerrogativas procesales*.

Las aludidas técnicas de anticipación son susceptibles de aplicarse en todo tiempo a los diferentes estadios del proceso, toda vez que se configuren situaciones típicas de *evidencia e inconsistencia* —sea en el curso de las etapas diversas del proceso de cognición; tanto como a título cautelar o anticipatorio; en las instancias recursivas ordinarias o extraordinarias— (39).

4. Incidencia del artículo 10, C.C.C.N.

La consagración enfática ahora, como principio general, de abuso del derecho (artículo 10, C.C.C.N.), reafirma sin duda el fundamento de todas las tesis que venimos analizando. Falcón ha resaltado la relación entre el abuso del derecho en el campo sustancial y las instituciones del proceso. Así, como elemento a considerar en el progreso de una cautelar, o en los procesos colectivos (artículo 14, apart. final, 240, C.C.C.N.). En lo demás, la inclusión del abuso del derecho en la parte general del nuevo ordenamiento del abuso del derecho en la parte general del nuevo ordenamiento hace necesario considerar este instituto como un elemento a tener en cuenta en cada uno de los derechos que acuerda el ordenamiento (40). Del mismo, se puede afirmar que en la necesaria adecuación de los ordenamientos procesales por venir, deberá articularse soluciones, técnicas y procedimientos a través de los cuales se instrumente la operancia de aquel principio general. Mientras tanto, cabe a los jueces, aún en vía de creación pretoriana, aplicar el mandato del artículo 10, C.C.C.N., en consonancia con la garantía fundamental de la tutela judicial eficiente.

VII. Conclusiones

Finalmente, a guisa de sintéticas conclusiones:

El fenómeno de la “juridización” de la Constitución, supuso no solo el “ascenso” de los nuevos derechos jerarquizados sino, además, una suerte de proliferación de principios y valores, verdaderas normas fundantes de todo el ordenamiento. Lo cual ha tenido profunda incidencia sobre la concepción clásica de las fuentes del derecho y la misión de los jueces como intérpretes últimos de los consensos básicos que tales principios enuncian.

En paralelo, el Código Civil y Comercial de la Nación incorpora en su Título Preliminar principios generales, complementarios de los supremos y que participan de las mismas notas típicas en tanto constituyen normas abiertas, conceptos jurídicos indeterminados. En su confluencia se articulan, junto con las reglas infraconstitucionales, verdaderos “microsistemas” de protección, que a su vez generan la necesidad de su armonización.

En los principios generales recogidos en el Título Preliminar se destacan las cláusulas generales de la buena fe, el abuso del derecho y el fraude a la ley (artículos 9, 10, 12, CC y CN), las cuales producen profunda incidencia en el régimen de los ordenamientos procesales, junto con otros diversos principios y reglas que se diseminan en todo el cuerpo sustantivo —vg., procesos de familia, de restricción a la capacidad, etc.—.

El principio general que proscribe el abuso del derecho impacta de lleno en el sistema procesal, superando el esquema tradicional asentado en la prevención del abuso instrumental configurado por la conducta temeraria y maliciosa y su sanción. Se abre camino, a partir de los artículos 9 y 10 C.C.C.N., a la responsabilidad por los daños sufridos a consecuencia del ejercicio abusivo de las prerrogativas

(39) Para una fundamentación más acabada, nos permitimos remitir a Abuso del proceso como insustancialidad de las proposiciones..., RDP, 2014-1, pp. 181 y ss. Asimismo: Marinoni L. G., *Anticipação da tutela*, Rev. Edit. dos Tribunais, São Paulo, 2008, 10^a. ed., pp. 273 y ss.

(40) Falcón E. M., *El Derecho Procesal...*, ob. cit., pp. 182-184.

procesales o de las situaciones jurídicas abusivas. En tales casos, corresponde la aplicación analógica del artículo 208, CPCN.

La virtualidad expansiva de los principios generales de los artículos 9 y 10, C.C.C.N., en consonancia con el derecho fundamental a la tutela judicial eficaz y eficiente, en tiempo oportuno, sustenta las diversas propuestas que alienta la doctrina y que pueden articular los jueces con la finalidad del mejor cumplimiento de los fines del proceso: la declaración de “flagrancia”, las tutelas anticipadas fundadas en la evidencia del derecho, la ejecución provisional de la sentencia sujeta a recurso, las declaraciones de insustancialidad de las pretensiones u oposiciones en los diversos supuestos que se han analizado, entre otras. Sin perjuicio de su incorporación normativa en la ahora imprescindible adecuación de los ordenamientos procesales.

VIII. Bibliografía

ALEGRIA, H. (2010). *Régimen legal de protección del consumidor y derecho comercial*. Buenos Aires: La Ley, 2010-C, 835-842.

ALEX, R. (1998). “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, EN: *Doxa*, Alicante: Universidad de Alicante, nº 5, p. 145.

— (2008). *Teoría de la argumentación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Trad. M. Atienza y I. Espejo, p. 349.

ALTERINI, A. A. (2007). *Respuestas antes las nuevas tecnologías: sistema, principios y jueces*. Buenos Aires: La Ley, 2007-F, pp. 1338 y ss.

BERIZONCE, R. O. (2008). “Humanización del proceso y la justicia (la efectividad de los derechos sociales)”, EN: *El proceso civil en transformación*. La Plata: LEP, pp. 23, 27, 28.

— (2011). “Abuso del proceso como insustancialidad de las proposiciones y técnicas de abreviación de los trámites”, EN: *Revista de Derecho Procesal-1*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni ed, pp. 181 y ss.

CARRIÓ, G. R. (1994). *Principios jurídicos y positivismo jurídico*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot. p. 10.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, Fallos: 138:157; 190:124; 200:203; 244:527, entre otros.

COUTURE, E. J. (1950). *Estudios de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Ediar, v. 3, pp. 235, 339.

DE LAZZARI, E. N. (2013). *La ejecución provisoria de la sentencia como tutela de urgencia y de evicción*. Buenos Aires: La Ley, 2013-F, p. 585.

DWORKIN, R. (1999). *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel. Trad. M., Guastavino, pp. 72,190.

FALCON, E. M. (2014). *El Derecho Procesal en el Código Civil y Comercial de la Nación*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, pp. 150-153.

GIL DOMINGUEZ, A., FAMA, M. B. y HERRERA, M. (2006). *Derecho Constitucional de Familia*, v. I y II. Buenos Aires: Ediar.

GUZMÁN, N. L. (2011). “Legalismo y constitucionalismo: como límites conceptuales en la interpretación de los principios procesales en un Estado Democrático de Derecho”, EN: Berizonce R. O. (coord.) *Los Principios Procesales*. La Plata: LEP - Librería Editora Platense—, pp. 6-7.

LLOVERAS, N. y SALOMON, M. (2009). *El derecho de familia desde la Constitución Nacional*. Buenos Aires: ed. Universidad.

LORENZETTI, R. L. (1995). *Las normas fundamentales del derecho privado*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni, p. 268.

— (2003). *Fundamento constitucional de la reparación de daños*. Buenos Aires: La Ley, 2003-C, 1185 y ss.

— (2008). *Teoría de la decisión judicial. Fundamentos de derecho*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni ed., pp. 21 y ss.

— (2012). *Aspectos valorativos y principios preliminares del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*. Buenos Aires: La Ley, 2012-C, 581 y ss.

MARINONI, L. G. (2006). “Teoría geral do processo”, EN *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, pp. 47-53.

MERCADER, A. A. (1939). *Poderes de la Nación y de las Provincias para instituir normas de procedimiento*. Buenos Aires: Ejea, pp. 73 y ss., 115 y ss.

MORELLO, A. M., SOSA, G. L. y BERIZONCE, R. O. (1982). *Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación*. 2ª ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, v. I, pp. 692-693s.

MORELLO, Augusto M. (2004). “El Derecho privado en su relación con el Derecho Procesal desde la visión constitucional y transnacional (¿Constitucionalización del Derecho Civil o “civilización” del Derecho Constitucional?)”, EN: Morello A. M., Sosa G. L. y Berizonce R. O., *Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación*. 2ª ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot /LEP, v. X-A, p. 349.

MOSSET ITURRASPE, J. (2009-1). “Del “micro” al “macro” sistema y viceversa. El diálogo de las fuentes”, EN: *Revista de Derecho Privado y Comunitario*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni., pp. 15 y ss.

PEYRANO, J. W. (2001). *Otro principio procesal: la proscripción del abuso del derecho en el campo del proceso civil en Abuso procesal*, J. W. Peyrano director y J. A. Rambaldo (coord.), Buenos Aires: Rubinzal Culzoni ed., pp. 189 y ss.

— (2014). “La flagrancia civil”, EN: *La Ley*, B, supl. 12-3— Columna de opinión. Buenos Aires: La Ley.

RIVERA, J. C. (1994). “El Derecho Privado Constitucional”, EN: *Revista de Derecho Privado y Comunitario*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni. N° 7. pp. 52 y ss.

— (2006). *Estudios de Derecho Privado (1984-2005)*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, pp. 275 y ss.

— (2005). *Globalización y derecho. Las fuentes del derecho de los contratos comerciales*. Buenos Aires: La Ley, 2005-F, pp. 1105 y ss.

STRECK, L. (2009). *Verdad y consenso. Constitución, hermenéutica y teorías discursivas*. Lima: Ara ed. Trad. A. Álvarez Aranda, p. 48.

VIGO, R. L. (2012). *Fuentes del derecho en el Estado de derecho y el neoconstitucionalismo*. Buenos Aires: La Ley, 2012-A, pp. 1012 y ss.

ZAGREBELSKY, G. (2005). *El derecho dúctil*. Madrid: Trotta. Trad. M. Gascón. p. 110.